知识产权严格保护制度的实效检视与逻辑重塑

蔡 元 臻

(同济大学 法学院, 上海 200092)

摘 要: 现阶段我国坚定贯彻 "严格保护知识产权" 的发展战略,通过民事加重赔偿、刑事扩张处罚和行政失信惩戒制度重点治理严重侵权行为。严格保护的观念本身具有正当性,但是,实证研究发现,近年知识产权侵权率没有明显减少,国际评价也不够理想。严格保护的合理性基础来自威慑理论,其针对违法者使用了经济理性人的重要假设。囿于行为违法性和法律后果层面的认知缺陷,知识产权违法行为具有明显的非理性特征,片面追求从严从厉缺乏效率性。可认知的正式惩罚之风险才能够带来显著的威慑效应,循此,建议立法将重复性要素设为必要条件,以强化行为人的违法性认识;完善民事赔偿、刑事罚金和重复惩罚规则,以提高法律后果的确定性;重视知识产权宣传教育工作,协助惩罚机制发挥作用。

关键词: 威慑理论;行为理性;加重赔偿;重刑化;失信惩戒

中图分类号: D923.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-5919 (2026)01-0152-12

我国自制定知识产权强国战略以来,政策导向逐渐从 "加强保护" 升格为 "严格保护"。知识产权严格保护旨在针对具有主观恶意、重复实施、损害社会公益等违法情节的严重侵权行为,采取 "责任越重、威慑越大、侵权越少" 的思路,以更加严厉的民事、行政、刑事多元手段予以治理。然而在基础理论层面,知识产权严格保护借用基于 "理性人假设" 的法经济学治理思路,这一思路的知识产权适用是在未经证立的情况下,被当作 "不证自明" 的道理并付诸政策的制定。鉴于严格保护政策的施行已经历较长时间,司法数据和典型判例也已完成初步积累,在当下的时间节点针对实践效果进行检视和评估,是具有现实意义的。如果我国的知识产权严重违法现象在上述政策背景下未能得到实质性的遏制,则亟须重新论证和完善严格保护的理论基础和规则构建。

一、知识产权严格保护的制度变迁

我国近年来的公共政策、立法和司法活动将情节严重的侵权行为作为主要治理对象,以民事、刑事和行政 "三管齐下" 的方式进行了大面积的规则补全和幅度调整。其中最为突出者,分别是民事加重赔偿、刑事重罚和行政失信惩戒制度。

(一)民事:加重赔偿的强化和泛化

现行知识产权司法保护制度下,加重赔偿变得愈发普遍化和多元化,以惩罚性赔偿最具代表性。2023 年我国惩罚性赔偿适用取得了历史性的进展,相关案件共计 319 件,同比增长 117%;该数字在 2024 年达到 460 件,同比增长 44.2%。① 伴随这一趋势,惩罚性赔偿规则的适用在两个方面得到强化。

收稿日期: 2025-04-10

作者简介: 蔡元臻,同济大学法学院副教授。

基金项目: 国家社科基金一般项目"知识产权严格保护背景下加重赔偿威慑制度的实证检视与优化研究"(25BFX180)。

① 张军:《最高人民法院工作报告——2025 年 3 月 8 日在第十四届全国人民代表大会第三次会议上》,https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/457991.html。

其一,是适用要件的认定标准趋于宽松。惩罚性赔偿的要件以主观故意(包括恶意)和情节严重为核心,主观故意原则上要求证明行为人明知他人在先权利的存在,但是,新近政策和司法文件对明知要件作出了弱化。① 其二,是在五倍赔偿的法定上限之下,金额倍数的隐性和显性提升。金额倍数的隐性提升主要来自对于整数倍的适用,实证研究表明我国司法大多采用整数倍,②在“就高取数”和“两倍下限”等惯例的影响下,③导致了金额倍数的整体提高。显性提升则是以个别地区的突破立法为代表,例如,2021 年《上海市浦东新区建立高水平知识产权保护制度若干规定》第 10 条针对“情节特别严重的故意侵犯知识产权行为”,允许法院以基数的“五倍以上十倍以下确定赔偿数额”。

囿于基数难以计算等原因,权利人主张适用惩罚性赔偿远多于法院的实际采用,二者之比在阶段性实证研究中显示为 10∶1。④ 如此一来,加重赔偿政策就在一定程度上转嫁于法定赔偿、酌定赔偿等其他判赔方式之中。加重法定赔偿,是指法院有权视情况在法律明确的数额区间内,从高确定法定赔偿数额;而酌定赔偿则是允许司法在无法查实精确赔偿数额的情况下,为保证弥补权利人的损失而突破法定赔偿的上限。酌定赔偿具有特殊的理论属性,其既像是一种无上限的法定赔偿,也可以视为不受法定赔偿规则约束、基于法官自由心证的“填平式”补偿。

(二)刑事:重刑化倾向及其扩张

2020 年前的知识产权刑事规则曾遭到“刑罚过于轻缓”之诟病,《刑法修正案(十一)》一方面取消了知识产权犯罪的拘役刑和管制刑,另一方面加重了犯罪刑期。但是知识产权的重刑化倾向不止于此,近年来以扩张行为对象、增列行为内容和完善定罪标准为导向,在以下几个方面最为凸显:

其一,是犯罪行为及其对象的内涵扩充。为因应网络著作权犯罪等数字经济犯罪的新现象,⑤《刑法》第 217 条侵犯著作权罪将信息网络传播纳入实施侵权行为的方式范围,同时将非法传播表演者表演规定为新的行为样态。该法第 219 条的侵犯商业秘密罪依循相同的修法思路,加入“电子侵入”这一新型侵权实施方式,并取消了“商业秘密权利人重大损失”的要件。此外,第 213 条假冒注册商标罪增列“服务商标”为犯罪对象。上述一系列改动意味着犯罪行为的对象更为多元,标志着我国知识产权犯罪的法益侵害评价模式开始向情节犯转型。⑥

其二,是犯罪行为的边界延伸。在知识产权刑事领域,重刑化改革主要着力于知识产权共同侵权和帮助侵权入罪——2025 年《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“《刑事司法解释》”)第 22 条与 2011 年《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第 15 条总共列举了近三十种以共犯论处的此类行为。个别帮助行为甚至被升格为正犯加以制裁——《刑法》第 215、217 条分别规制的“非法制造、销售非法制造的注册商标标识”和“规避技术保护措施”行为本质上都属于间接侵权。

专利犯罪具有不同于其他知识产权客体的技术性特征,立法上的审慎使得“假冒专利罪”在长期以来的《刑法》沿革中几乎没有变化。不过,该罪刑的内涵和外延仍然在配套的法律政策和部分司法工作

---

① 《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》(法释[2021]4 号)第 3 条第二款第(五)项。

② 参见陈宗波、黄术:《论知识产权侵权惩罚性赔偿基数与倍数的认定》,《广西社会科学》2022 年第 5 期,第 125 页。

③ 广东省深圳市福田区人民法院课题组:《商标侵权惩罚性赔偿的制度构建》,《知识产权》2020 年第 5 期,第 53 页。

④ Xiao Baiyang, *Enthusiastic Claimants, Reluctant Courts: The Empirical and Critical Analysis of Punitive Damages in Chinese Intellectual Property Law*, The Journal of World Intellectual Property, Vol. 27, 2024, pp.175-198.

⑤ 参见舒洪水:《数字经济犯罪的系统考察与刑法应对》,《浙江工商大学学报》2025 年第 2 期,第 70 页。

⑥ 参见魏昌东:《情节犯主导与知识产权刑法解释体系转型》,《中国刑事法杂志》2022 年第 1 期,第 18—19 页。

中得到了扩张。《刑事司法解释》第 9 条重新梳理并封闭式地列举了三种 "假冒他人专利" 犯罪行为,但是其中的冒用他人专利号、伪造变造他人专利文书等行为,严格来说并不属于 "假冒他人专利" 的范畴,司法实践也更倾向于借由 "虚假广告罪" "非法经营罪" "诈骗罪" 或者 "生产、销售伪劣商品罪" 予以制裁。① 此外,该司法解释还对入罪标准、从重情节、罚金刑与罚金数额计算方式作出了更为细致和严厉的规定。

(三)行政:知识产权失信惩戒制度

我国知识产权行政保护力度的提升,以往集中在以停止侵害和赔偿损失为目的的行政执法工作。但是自 2003 年《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出建立健全社会信用体系和失信惩戒制度后,知识产权失信惩戒 (抑或 "信用治理")已经作为一项中国特色制度,为遏制知识产权侵权行为提供了新的路径。知识产权信用制度的惩戒对象最初仅限于中介服务机构,②随着《社会信用体系建设规划纲要 (2014—2020 年)》《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》《市场监督管理严重违法失信名单管理办法》等一系列政策的施行,惩戒的主体与行为对象得到了大幅度的扩张。不过,早期的规定对于行为的社会危害性缺乏重视,这使得一般性的 "知识产权侵权行为" 和 "商标侵权假冒行为" 都会被纳入失信记录并遭到联合惩戒,③这种做法在后来趋于缓和。当前的失信惩戒范围仅限于严重失信情形,亦即知识产权严重侵权行为,从行为情节的角度,主要针对故意侵权④和重复侵权⑤两种情形。

失信惩戒制度充分利用了行政立法与执法的能动性特点,从而对严重侵权行为实施多元化的惩罚,包括但不限于削弱权利保护、剥夺奖助资格、减免福利措施、严控经营活动、强化监管力度、公开失信记录、限制生活就业等。种类繁多的惩戒措施在实践层面表明了国家严打知识产权侵权的基本立场;但在学理层面,部分措施 (如加强监管和鼓励行业内部惩戒)未必能够满足行政行为理论的检验,可见该项制度带有明显的政策导向性特征。

从打击知识产权严重侵权的角度出发,上述三项严格保护政策无疑都具备正当性。但同时也应当意识到,其步伐之迅速与手段之严厉,在域外立法中并不常见。现代知识产权制度以平衡社会经济利益关系为原则,需要兼顾法律的实效与理性,我国应当对严格保护的实际效果予以评估,以此来保证相关法律政策的现实意义。

二、严格保护的实践效果检视

我国知识产权公共政策面临的重要问题是:从严从重治理是否对恶性侵权行为起到了明显的遏制效果?这需要展开基于司法大数据的实证研究。大多数已有研究仍以个案与群案分析为主,同时往往意在证立某个先入为主的观点,并非 "不依附于理念而只求获取结论"⑥。本文通过统计数据和现有研究的搜集和分析,针对严格保护的实施效果问题,得出三项阶段性结论。

① 参见北京市第一中级人民法院 (2015)一中刑终字第 2195 号刑事裁定书、江苏省高级人民法院 (2015)苏刑二终字第 18 号刑事判决书。

② 《国家知识产权战略纲要》(国发[2008]18 号)第 54 项。

③ 《社会信用体系建设规划纲要 (2014—2020 年)》(国发[2014]21 号)、《工商总局关于深入实施商标品牌战略推进中国品牌建设的意见》(工商标字[2017]81 号)第 (五)项。

④ 《市场监督管理严重违法失信名单管理办法》(国家市场监督管理总局令第 44 号)第 9 条、2024 年《关于做好知识产权领域信用监管工作的通知》(国知办发保字[2024]42 号)第 (六)项。

⑤ 《关于对知识产权 (专利)领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》(发改财金[2018]1702 号)第一部分。

⑥ 白建军:《论法律实证分析》,《中国法学》2000 年第 4 期,第 30 页。

(一)案件数据的整体上涨无法证明实际效果

根据政府机关的官方数据和学术文献的统计结果,近十年来的法院知识产权侵权案件数量、惩罚性赔偿与超额酌定赔偿金额、刑事案件数量、检察批捕人数以及失信惩戒人数都呈现出明显的上升趋势,几乎每项数据都在最新一轮统计中创造历史新高。

数据的全面飘红直观反映了我国的知识产权保护成果,同时也有重申严格保护政策立场的作用,但是不能用于佐证实际效果,这至少基于三个方面的原因:其一是有悖于"重法威慑"模式的基本逻辑。理论上,案件数量应当随着制度的实施而逐渐放缓和减少。其二,案件数量增加一定程度上也是知识产权授权量上升的结果,对此我国已有研究调整了分析方法,但也得出了同样的结论。① 其三,案件数量的变动趋势受制于诸多因素的影响,并不意味着严格保护措施察觉和制裁了遗漏案件。一方面,经济环境、政策导向、技术发展、突发事件等外部因素时刻影响着侵权行为的整体格局。例如,过去几年新冠疫情的暴发限制了全球民众的社交生活,却因此引发了大量额外的网络著作权侵权。② 另一方面,严惩侵权往往伴随着惩罚性赔偿等相关规则的扩张适用。总之,至少可以肯定案件数据的变化和严格保护措施的实际效果之间没有必然联系。

(二)没有数据表明知识产权侵权率出现下降

如果转而采用宏观经济学的反事实研究方法,即意味着对过去数年知识产权侵权引发的民事诉讼案件数量和刑事案件数量加以统计,再计算两项数据的年度变化速率,最后寻找"断点"及其对应的政策诱因。③ 尽管存在潜在的"暗数"(指未能形成案件的侵权行为)和部分数据欠缺(例如无法获知加重赔偿适用率和失信惩戒案件数量)的问题,但是这一方法仍然具备解释力。

研究发现,我国著作权、商标和专利侵权纠纷案件数量都在 2020 年达到最高值。除专利案件的增长速率较为稳定以外,著作权和商标案件的增长速率都随着时间推移而不断上升。其中,商标制度是我国 2020 年以前唯一明确规定惩罚性赔偿规则的知识产权单行制度,但是没有出现理论上的增速放缓现象。经典法社会学研究很早就指出了权利冲突中侵权行为和违约行为之间的反比关系。④ 在单个法律领域中,侵权行为的减少通常伴随着违约行为的增多,这种演变意味着合同制度扮演起了调节社会关系的主要角色。"两高"在部署工作的过程中也明确认同这一理论,将两项数据的此消彼长视为严打知识产权侵权的正向反馈。⑤ 但是,统计结果显示,2014 年至 2020 年间的著作权合同纠纷案件数量几乎全程快速上涨,专利案件数量始终平缓,商标案件数量在大幅起落之后总体有所减少。侵权案件愈发快速地增多,加之合同案件不规律的变化趋势,无法得出"侵权行为得到有效遏制"的结论。

刑事层面的威慑分析以《刑法修正案(十一)》作为政策断点。在 2013 年至 2019 年间,法院新收知识产权犯罪案件数量总体增长 4.4%,年增幅 0.73%,数量上几乎没有进展。在政策断点之后的数年中,该数据总体增长为 39.9%,年增幅达到 10%。2013 年至 2019 年的审查起诉案件数量总增长 2.0%,年增幅 0.3%。政策断点后的总增长为 46.9%,年增幅为 11.7%。可以看出,《刑法修正案(十一)》扩张犯罪认定的政策效果明显,但与前面的论述同理,这一现象并不能证明知识产权保护环境的实质性改

---

① 参见边仁君:《提高损害赔偿数额能否威慑专利侵权?——基于 19596 份裁判文书的实证分析》,《环球法律评论》2024 年第 2 期,第 100 页。

② Carys Craig & Bob Tarantino, "*An Hundred Stories in Ten Days*": *COVID-19 Lessons for Culture, Learning, and Copyright Law*, Osgoode Hall Law Journal, Vol. 57, 2020, pp.567-604.

③ 2020 年后,我国司法判决的文书公开逐渐以典型案例为重心,其统计学意义不足以支撑大数据研究,本文未予采用。此外,考虑到技术合同不一定涉及专利,其案件数据也不予采用。

④ Guido Calabresi, *Torts-The Law of the Mixed Society*, Texas Law Review, Vol. 56, 1978, pp. 519-534.

⑤ 张素:《中国"两高"将加大力度惩治知识产权侵权行为》,http://www.chinanews.com.cn/gn/2025/01-14/10353126.shtml。

善。司法数据的分析结果揭示了知识产权严格保护的核心问题:成果丰硕,但实效不明。这有可能导致未来的知识产权法治陷入“越打越多、越多越打”的局面。高赔偿和重刑罚并不必然带来强威慑,学界已有研究对专利侵权的民事赔偿和网络著作权犯罪问题进行了颇为扎实的大数据实证分析,并给出了基本相同的论断。

(三)知识产权法律救济的国际评价提升缓慢

在层出不穷的国际经贸研究和排名报告中,知识产权保护已是不可或缺的评价指标之一。有些评价体系相对笼统,将知识产权的期限、行使、保护范围和侵权救济加以糅合并综合计算,例如瑞士国际管理发展学院编撰发布的《全球竞争力年鉴》和《全球数字竞争力排名》报告;有些侧重于衡量知识产权的法律救济力度,如美国商会的《国际知识产权指数》。搜集、统计近十年诸多权威报告的评价结果可以发现,我国知识产权侵权治理的国际反响并不十分理想。

以世界知识产权组织的《全球创新指数》(Global Innovation Index)报告为例,我国自 2013 年至今,总排名从第 35 升至第 11;创新投入(Innovation Input,一级指标)从第 46 升至第 23;法律与行政架构(Institutions,二级指标)从第 113 升至第 44;监管环境(Regulatory Environment,三级指标)从第 116 升至第 78;与知识产权保护关联最为密切的“法律治理”(Rule of Law,四级指标)从第 87 升至第 62。① 对排名数据进行进一步分析后可得出图 1,上述五项不同层级的排名涨幅分别为 68.6%、50.0%、61.1%、32.8%和 28.7%,“法律治理”(虚线与三角标点)评价提升最缓,不仅低于总共 80 个四级指标的平均水平,也低于 100 多个参评国家的平均水平。

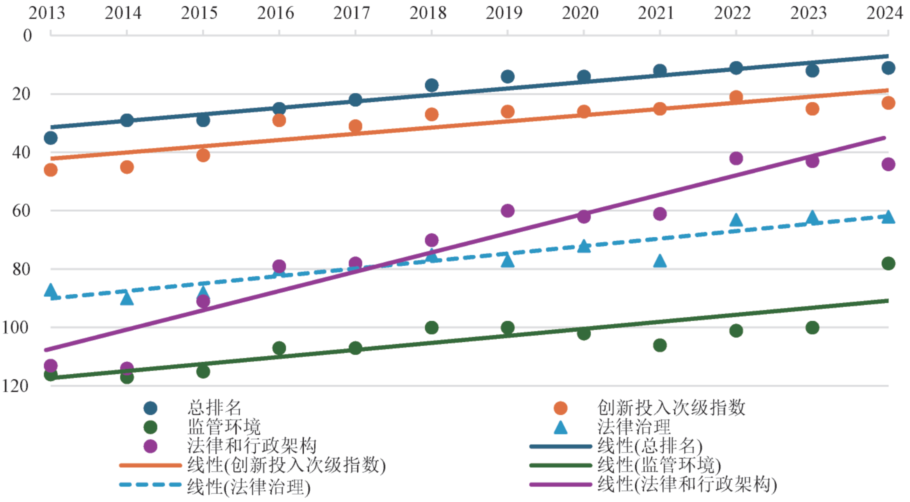

图 1 2013—2024 年《全球创新指数》中我国知识产权指数排名变化趋势

瑞士国际管理发展学院于 2017 年首次发布的《全球数字竞争力排名》(World Digital Competitiveness Ranking)②也给出了基本一致的反馈。如图 2 所示,我国的总体排名、技术(Technology,一级指标)、监管框架(Regulatory Framework,二级指标)、知识产权(Intellectual Property Rights,三级指标)的增长速率分别为 2.4、3.0、4.0 和 2.3(虚线与三角标点),知识产权指标的增幅最低。我国于 2013 年、2019 年、2020 年陆续修订三部知识产权单行法,而从瑞士方面在次年发布的三份《全球竞争力年鉴》(World Competitiveness Yearbook)对于知识产权行使和保护的评价来看,我国排名分别是 52、48 和

① WIPO, Global Innovation Index 2013-2024, https://www.wipo.int/publications/en/series/index.jsp? id=129.

② IMD World Competitiveness Center, IMD World Digital Competitiveness Ranking 2017-2024, https://www.imd.org/centers/wcc/world-competitiveness-center/rankings/world-digital-competitiveness-ranking/.

35 名,仍然远低于其他大部分指标。

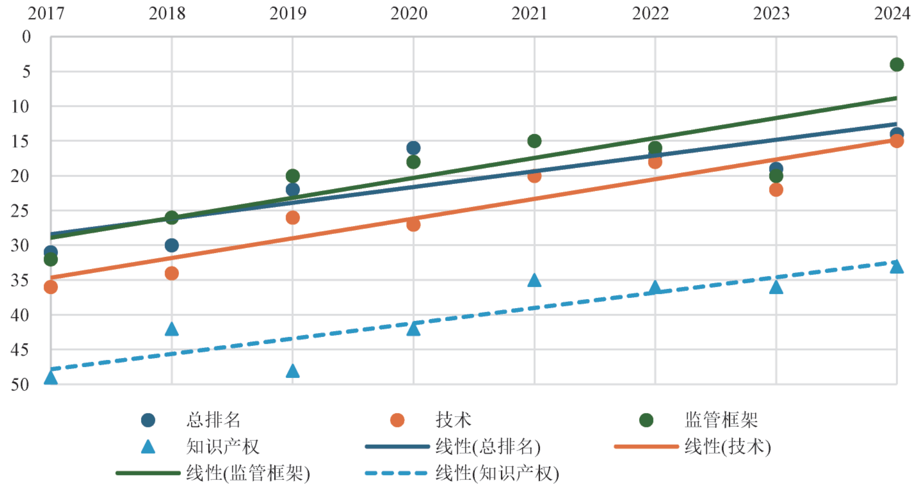

图 2　2017—2024 年《全球数字竞争力报告》中我国知识产权指数排名变化趋势

在评价我国知识产权环境的过程中,国外机构普遍认可我国知识产权立法改革的重大进步,并给出了较为公正客观的结果。美国方面存在政治滤镜的嫌疑,因此需要区分政府机关、民间组织和教研机构等不同评价主体。美国商会曾多次在《国际知识产权指数》(International IP Index)报告中撰文称赞我国知识产权单行法、司法解释和行政法规的修订成果,但是也较为准确地指出了法律执行效果的跟进乏力——知识产权指数的总排名和“知识产权实施指数”①排名整体都呈现出下降趋势。域外各界时常对我国立法和司法的层层加码表示认可(甚至惊讶),②在此基础上,亟须实现遏制知识产权侵权行为(尤其是严重侵权)的更高目标。

三、知识产权违法行为的非理性

我国知识产权严格保护的图景与理想局面尚有不小的差距。从财产权劳动学说、社会契约抑或激励创新的角度,严格保护的理念本身当然是应予坚持的,但是民事、刑事和行政三管齐下仍未能遏止知识产权严重侵权泛滥的势头,意味着我国应当重新思考严格保护中的根本逻辑。

(一)严格保护逻辑下的理性人假设

知识产权严格保护制度主张“责任越重,威慑越大,违法越少”,承袭了威慑理论的一贯逻辑,对违法者采用了“经济理性人”的重要假设。如此,违法行为也构成法律与经济学意义上的理性行为。法律惩罚威慑理论由来已久,由于早期的社会治理以遏制犯罪为中心,该理论率先在刑法领域发端和衍进。随着法经济学思维的强势发展,知识产权侵权行为也逐渐进入了威慑理论的视野。公开惩罚制度既能够对违法者施以更多的威慑(特别威慑),又能借机向公众传达信号而强化其趋利避害的心理认知(一般威慑)。③ 对于带有准刑罚性、污名性特征的失信惩戒制度而言,将其适用于知识产权领域也貌似顺理成章。

---

① 针对该指数,美国商会主要衡量七个方面:实体商品假冒、软件假冒、民事赔偿、赔偿数额计算方式、侵权入罪标准、海关措施、公共信息透明度。U.S. Chamber of Commerce, International IP Index, 2024, p.419.

② Andrea Wechsler, *Criminal Enforcement of Intellectual Property Law: An Economic Approach*, in Christophe Geiger ed., *Criminal Enforcement of Intellectual Property*, Edward Elgar, 2012, p.146.

③ Mark Stafford & Mark Warr, *A Reconceptualization of General and Specific Deterrence*, Journal of Research in Crime and Delinquency, Vol. 30, 1993, pp. 123-135.

将理性人假设适用于知识产权侵权场景，意味着违法者是基于精准、周延的风险收益分析而实施侵权。很长时间里，各界很少质疑知识产权侵权之理性，毕竟知识产权制度合理性基础的重要理论支撑之一——激励理论，也源自同样的假设。有些研究尝试区分不同违法行为领域的理性程度，也因此产生了一些经典的论断，例如民事侵权行为的理性高于刑事犯罪、“工具性”犯罪（以犯罪为手段）的理性高于“表现性”犯罪（以犯罪为目的）、经济犯罪的理性高于暴力犯罪等。① 但是可以看出，这些都不足以影响“知识产权侵权属于理性违法”这一传统观念的根基。

（二）理性侵权的认知前提

“认知”（Perception）在任何以人为分析对象的学科研究中都是不可动摇的关键因素之一，无论是法经济学或是行为科学。法经济学为社会公众假设了较高的认知程度，它不否认“有限理性”和“不完全信息”问题所造成的局限性，但依旧推定人们对法律基本熟知、对权利义务基本清楚、对法律后果的预期基本准确。1992 年美国“麦当劳咖啡烫伤案”是重法威慑的经典案例②——疏于提醒的商家承担巨额赔偿为本案带来了迅速且普遍的威慑效果，许多消费品的安全标识情况得以改善。该案的成功是基于商家对产品特征、危害结果、标注成本和公众安全意识水平的普遍共识，但是这一系列“认知”恰恰是大部分知识产权违法者所欠缺的，这对法经济学的政策思路和研究范式提出了很大的疑问。

根据法经济学的一般理论，理性主体只有在不法收益大于成本时才会将违法付诸实践。知识产权侵权人是否对于其行为的违法性、法律后果（风险成本），以及预期收益全部具备足够的了解和预期？这在现实中是不多见的。成本收益认知的不足意味着许多看似严重的知识产权侵权行为并非理性谋划的结果，这和人们缺乏系统思考或者怠于计算无关，而是主要归因于成文法、司法判例等法律知识的专业壁垒，这些因素在技术发展和社会道德观念的影响下愈发明显。

（三）行为违法性的认知缺陷

1. 行为方式

违法性认识的首要内涵，是行为人是否知道其违反了法律规定。在知识产权语境下，技术环境的快速变迁对违法性认识有着更为直接和重大的影响。对此，著作权犯罪是一个合适的样本。《刑法》第 217 条所规定的第一种“侵犯著作权罪”是指擅自“复制发行、通过信息网络向公众传播”他人作品之行为。在网络盗版行为入刑以前，司法解释曾将信息网络传播径直纳入“复制发行”的范畴。③ 这一做法确有打击网络盗版之实效，但违背了著作权法的基本原理。《刑事司法解释》第 12 条力求缓和，将旧规中的“复制发行，包括复制、发行或者既复制又发行的行为”限缩为“既复制又发行或者为发行而复制”。但是，出于发行目的而预备性地实施复制，一方面，其行为的外部表现和原本规定的“仅复制”没有差异，另一方面，围绕尚未发生的发行行为会牵涉极为复杂的盖然性判定。“知识产权的刑法解释思维”主张刑法教义学“可以自有一套说法”，倘若是为了片面追求严格治理，可能很容易导致知识产权制度的重刑化倾向。

“对于经济刑法来说，公民很难理解相关的法律和禁令”，④除了个别明显构成违法的盗版、假冒等行为，现阶段下行为人几乎不可能进行准确的侵权判定。侵权司法判定的复杂性和不确定性会进一步加剧违法性的认知不足，纵然有司法解释、指导性案例、地方司法机关文件，以及权威学术观点的协助，

---

① John Gallo, *Effective Law-Enforcement Techniques for Reducing Crime*, Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 88, 1998, pp. 1475-1488.

② No. CV 93 02419, 1995 WL 360309 (N.M. Dist. Ct. Aug. 18, 1994).

③ 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（已废止，法释[2004]19 号）第 11 条。

④ 何金洋：《经济刑法中违法性认识错误的理论反思与规则重塑》，《西部法学评论》2022 年第 2 期，第 34 页。

非权利人（包括具备一定专业素质的经营主体）也很难掌握足够的侵权预判能力。

2. 行为故意

违法者对其行为可能构成不法的事实往往并非源于自身的认知,而是他人（尤其是权利人）的告知。“被告知后依然为之可推定为故意”,这是现行法规所普遍采用的判定标准。以惩罚性赔偿中的故意要件为例,其包含直接故意,也涵盖了间接故意,甚至重大过失。问题在于,间接故意和重大过失行为的违法性认识是不完全充分的,这意味着即使是基于主观故意的行为人也有可能存在违法性认识错误。“过失均属非理性”,①这呼应了刑法中的“不法怀疑”理论,即嫌疑人怀疑自身行为有可能构成犯罪,也不足以证明违法性认识。对于这些违法者不完全确定的行为,法律的严惩很难实现理想的治理效果,我国个别法院对此已经有所意识。例如,在北高院《关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》1. 15 条和《关于侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿审理指南》2. 2 条中,都将惩罚性赔偿的主观故意认定限制为直接故意。知识产权失信惩戒制度中的主观故意亦有不甚明晰之处,是采用《市场监督管理严重违法失信名单管理办法》第 9 条的“行为故意”,还是其他部门规章的“行为重复”②？实践中的重复侵权多属故意,但是在立法中把重复侵权径直推定为故意,是对违法性认识的武断假设。

3. 行为情节与危害结果

如果违法者只知道其行为属于不法,但无法理解和确定行为情节的法律定性,就仍然不能预期其将面对何种制裁。对于刑罚、加重赔偿和失信惩戒这样的加重责任来说,行为情节也许是最为重要的构成要件。

行为情节在刑法中的判定,通常采用相对单一且易于衡量的数量标准,③这能够使行为人相对容易地判断违法情节。相较之下,民事和行政方面实行更为综合性的评价。在民事加重赔偿的适用中,加重情节属于客观要件,但其与“主观故意”要件的竞合关系始终没有得到厘清——主观故意被视作一种加重情节、加重情节却又能帮助证明主观故意。在这样的情况下,不同认知缺陷之间自然也产生了微妙而又复杂的关系。《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第 4 条将重复侵权和“以侵权为业”视为构成“情节严重”的情形,但是在实践中,这两种情形在用来证明侵权故意以外,和侵权手段、后果之间都没有必要联系。④ 这些主客观要素的混乱关系,不仅成为审判实践和教义学上的重大疑问,也对行为人的法律后果认知造成了困难。

《市场监督管理严重违法失信名单管理办法》第 2、9、12 条将“性质恶劣、情节严重、社会危害较大、受到行政部门较重处罚”规定为失信惩戒责任的四个行为情节要素。前三个要素构成了违法行为的道德可责性,但是实践中的道德可责性认定是极为模糊的。在“太原市小店区楷超商销售假酒案”中,行为人两次销售假冒“杏花村”酒,其中第二次假冒的涉案金额仅为 1270 元。本案行为人除重复实施的情节以外,其道德可责性应属轻微,却在受到 17. 5 万元的从重行政罚款后,再被列入严重违法失信名单。⑤ 在“海宁市好旺角箱包行销售假包案”中,行为人库存的 104 只假冒奢侈品包被以正品市场价作

① 刘水林:《理性违法论——经济违法及责任的经济学分析》,《社会科学研究》1997 年第 5 期,第 70 页。

② 参见《关于对知识产权（专利）领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》(发改财金[2018]1702 号）第一部分。

③ 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2025]5 号）第 3、6、10、13、14 条。

④ 参见浙江省杭州市余杭区人民法院（2019）浙 0110 民初 15129 号民事判决书。

⑤ 国家市场监督管理总局:《市场监管总局公布一批严重违法失信名单典型案例》,https://www.samr.gov.cn/cms_files/filemanager/samr/www/samrnew/xw/zj/202303/t20230314_353765.html。

为计算违法经营数额的基础,在缴纳 30 万元罚款后被列入名单。① 此类案件不仅在行政罚款问题上值得商榷,其道德可责性的认定标准也过于宽松。此外,《办法》第 24 条赋予人民法院直接建议行政部门将当事人列入名单的权力,这一规定使得前述各项要件不再具有必要性,只具有参考性,实践中不少行为人都是经由该途径被列入失信名单。② 失信惩戒制度正处于强势扩张的态势,以至于"失信"与"违法"、"惩戒"与"执法"高度重合,其本旨似乎开始偏离重塑社会信用,变为强化法律实施。③

(四)法律后果的认知缺陷

对违法性认识加以补强是否足以构建侵权行为之理性?答案或许仍旧是否定的,这是法律后果的认知障碍所致。法律后果认知在很大程度上左右着行为理性,但在现实中,即便是对违法事实较为了解的行为人(例如屡禁不止的职业侵权人),也依然难以预期最终面临的法律制裁。法律后果认知缺陷的背后同样有着多元化的原因,除前述的知识壁垒和环境变迁作用外,也时常源自行为人的主观漠视——部分违法者因抱有侥幸心理而认为不必在乎后果。知识产权的无形性赋予违法行为以隐蔽性,这意味着总有违法者(包括严重违法主体)会不可避免地成为漏网之鱼。民事加重赔偿是法律后果认知缺陷的重灾区。加重赔偿通常以惩罚性赔偿为代表,但是法定赔偿、酌定赔偿、许可使用费、违法利润、实际损失等其他损害赔偿计算方式也都可以施以加重判罚,无一不具备惩罚功能,有学者将之统称为"准惩罚性赔偿"④。严重侵权行为人可能面临哪一倍数的惩罚性赔偿,抑或是其他形式的加重赔偿,几无规律可循。

刑事罚金的计算规则主要依据《刑事司法解释》第 25 条,在违法所得、非法经营数额和法定罚金之间,基于非法经营数额计算得出罚金在实践中最为常见。即便不考虑一事多罚,刑事罚金的数额也是较难预判的。一方面,一如前述"海宁市好旺角箱包行销售假包案",执法机关时常对已销售产品和未销售产品、实际销售价格和市场正常价格不加区分;另一方面,司法解释只规定了各种计算方式下的"一般"数额区间。倘若"一般"的趣旨在于鼓励罚金数额的综合裁量,那么每一种计算方式都有"酌定化"的空间,这种"酌定的泛化"较之民事上的"惩罚泛化"具有更高的不确定性。超额判罚案件(低于 50% 或者高于一倍非法经营数额区间)⑤很少在文书中提供说理,并且在扣押、退缴赃款等问题的附加影响下,造成了刑事罚金普遍存在的类案不统一现象。

最后,对于同一行为,行为人无法预期自己承担民事、行政还是刑事责任,甚至可能遭受加重赔偿、失信惩戒和刑罚的三重惩罚。⑥ 在"飞翔烟酒店买卖假酒案"中,当事人在受到行政处罚后,又陆续被判处有期徒刑二年、罚金 15 万元和民事赔偿 6 万元。⑦ 重复惩罚案件意味着行为人难以预期惩罚措施是单处还是并处、减免抑或不减免。

四、行为理性的法律塑造

与法律政策普遍假设的理性违法不同,现实中的许多知识产权违法者既不清楚自身行为的性质,也不了解行为情节及其危害结果,更无法预判法律责任。多重认知缺陷是实现知识产权严格保护政策目

① 参见海宁市市场监督管理局海市监处罚〔2022〕362 号行政处罚决定书。

② 参见安徽省市场监督管理局:《长三角市场监管领域 2023 年度严重违法失信典型案例》,https://amr.ah.gov.cn/xwdt/sjyw/149039241.html。

③ 彭錞:《失信联合惩戒制度的法治困境及出路——基于对 41 份中央级失信惩戒备忘录的分析》,《法商研究》2021 年第 5 期,第 60 页。

④ 张广良:《知识产权损害赔偿惩罚体系的构建》,《法学》2020 年第 5 期,第 120 页。

⑤ 参见上海市浦东新区人民法院(2024)沪 0115 刑初 2453 号刑事判决书。

⑥ 参见蔡元臻:《商标间接侵权制度论要》,《环球法律评论》2023 年第 5 期,第 104 页。

⑦ 参见江苏省高级人民法院(2016)苏民终 135 号民事判决书。

的所必须克服的障碍,可以从知识产权法律的内部和外部两条路径切入,构筑和实践以下制度建议。

(一)强化行为违法性认识——重复性要素的必要性

要求违法者对其行为的违法性具有清楚认识是很困难的,即便是故意侵权也有可能存在疑问。有研究认为违法者之所以缺乏认识,是因为其“听天由命”“满不在乎”“无法规划未来”①,但是更核心的原因在于,违法性认识在很多情况下属于职业认知,非理性违法实为“事实认知的被动性”使然。知识产权制度只应惩罚那些明知故犯和屡教不改者,而非“推定故意”的嫌疑行为人。只有在具备重复性要素的情况下,才能保证避免违法性认识的缺陷,重复性要素需要在各项惩罚措施中作为必要条件得到规定。在刑法制度中,采用“初犯从轻、累犯从重”的基本原则,也是因为考虑到初犯可能存在偶然因素,而累犯才是物欲(对经济犯罪而言)驱动下的、情绪平静的、有意规避法律的理性行为,②这种犯罪心理学观念和重复性要素的考量有着相通之处。

将商业性的盗版假冒行为认定为直接故意并予以惩罚是普遍可以接受的,但是,对盗版假冒以外的其他侵权情形,则需要更加合理和细致的规则设计。本文建议,首先,在刑事处罚、民事加重赔偿和行政失信惩戒的相关规则中,统一将主观故意限定为直接故意,排除间接故意和重大过失。其次,明确将“重复实施侵权”规定为威慑措施的前提。非重复的侵权行为存在违法性的认知缺陷,原则上不予惩罚。再次,在对“重复实施”进行认定时,一方面应当将违法情节的相同和相似性作为重点依据,避免仅因“多次侵权”或者“对象重复”而予以断定。另一方面,须规定先前行为必须曾由司法或行政机关认定为侵权,由此确保行为人对其违法事实的明知。《上海市浦东新区建立高水平知识产权保护制度若干规定》第 10 条第二、三款将在先司法判决和行政处罚分别作为重复侵犯专利权和商业秘密的认定标准,同时也是实施惩罚的前提条件,应当是正确的。复次,需要区分对待“重复侵权”和“以侵犯知识产权为业”。此二种情形分别对应了刑法中累犯和惯犯的概念,但是“以侵权为业”不以受到法律制裁为要件,也不一定存在主观故意,其违法性认识不足以达到威慑之标准。最后,知识产权失信惩戒的现行要件几乎全部存在模糊性,亟须开展深入的教义学论述。

(二)提高法律后果确定性

威慑理论将法律威慑的严厉性、确定性与迅速性视为基本要素。本文研究发现,至少在知识产权语境下,严厉性并不如预期般重要。迅速性要素在有些研究中颇受重视,不过在实践中,将雷厉风行的惩罚施加于轻微犯罪,很难收获理想的政策效果。③ 优化威慑的关键在于帮助行为人预期行为之后果,也就是将确定性作为整个威慑制度的核心。

“可认知的正式惩罚之风险能够带来显著的威慑效应”④,法律后果确定性的提高,旨在让行为人预期风险、计算成本,从而理性行事。在各项惩罚措施中,以民事加重赔偿和刑事罚金的不确定性为最甚。对于前者,允许司法机关在采用法定赔偿、酌定赔偿和惩罚性赔偿时实行威慑。但是,在加重赔偿的裁判说理中,应当要求司法者详细说明损害赔偿的基本数额、加重赔偿的具体原因,以及最终赔偿数额的计算过程。在充分积累司法经验的基础上,针对前述三种赔偿方式,出台新的司法解释文件。在刑事罚金的问题上,司法解释区分罚金计算的“一般”和特殊情形是没有必要的,建议将这一表述删去。这不仅是因为实践案例在超额处罚时往往怠于解释,更重要的是,民事加重赔偿的灵活性已经足以对违

---

① 劳伦斯·弗里德曼:《碰撞:法律如何影响人的行为》,邱遥堃译,北京:中国民主法制出版社 2021 年版,第 145 页。

② 参见罗大华、何为民主编:《犯罪心理学》,北京:中国政法大学出版社 2016 年版,第 349—351 页。

③ Raymond Paternoster, *How Much Do We Really Know About Criminal Deterrence*?, Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 100, 2010, pp.765-824.

④ Ronet Bachman, Raymond Paternoster & Sally Ward, *The Rationality of Sexual Offending: Treating a Deterrence/Rational Choice Conception of Sexual Assault*, Law & Society Review, Vol. 26, 1992, pp.343-372.

法者进行精准且带有威慑性的经济惩罚。

此外，各项措施应当一并对重复惩罚严格保持谦抑。现行立法对于重复惩罚的立场是相对中立的，在保留一事多罚的同时允许酌情减免。但是，随着惩罚措施的增加（例如失信惩戒），以及不同措施惩罚幅度的提升，理论上违法者可能面临刑、民、行三重赔付甚至道德污名和行业惩治的全面打击。我国应当警惕“过度惩罚”可能带来的负面效果，对于已经承担刑事罚金、行政罚款和惩罚性赔偿中任一经济责任的，立法上可以明确要求其他两种责任的酌情减免，并且在适度惩罚之后不再予以失信惩戒。

我国自实行案例指导制度以来，已发布知识产权指导性案例共 36 件，其中有 1 件与惩罚措施相关。① 不过，该案判决至今已逾五年却仍未得到明示性的援引，无论从法律效力或者事实约束力的角度来衡量，②该指导性案例的效力都不尽如人意。除指导性案例以外，惩罚措施方面的典型案例和地方参考性案例的援引统计和学术反响情况也不明确，严格来说，知识产权案例指导制度尚未充分落地。为提高法律后果的确定性，后续我国各级法院可以通过发布参考案例和裁判指引的方式，对罚金与加重赔偿计算、一事多罚等规则作出完善和统一。

（三）完善知识产权宣传教育工作

强化违法后果的确定性有助于法律威慑理论发挥作用，但若是跳脱出威慑理论的框架，会发现该理论终究是存在局限性的。严格保护的最终目的不是无止境地严惩违法者，而是实现社会性的自愿守法，这取决于人们的内在动因。就这一点而言，知识产权保护的宣传教育工作较之不断加强的惩罚措施更为重要。本文主张的是知识产权宣传教育与严格保护的有机结合——宣传教育可以构建公众对于知识产权侵权行为的认知，这种理性有助于惩罚机制发挥作用。

知识产权教育的作用之一是道德规训。我国现行的种种惩罚措施都以行为的道德可罚性为基础，越是严重的违法，道德威慑的效果越明显。问题在于，公众是否会因为（严重）侵犯知识产权而产生道德上的负罪感？总体而言并非如此。这至少可以归因于两个因素：其一是传统文化，在儒家价值观依旧主导社会道德观念的中国，私有财产权的扩张有着诸多十分苛刻的前提条件，③更遑论垄断权。这种观念削弱了侵犯知识产权的非道德性，甚至带有某种“公义”的意味，余家明（Peter K. Yu）教授将其视为亚洲部分国家盗版产业长期兴盛的文化根源。④ 其二是民族情感和国家主义，无论国家战略还是个人行为，都分别存在将保护知识产权和侵犯知识产权赋予立场的现象，⑤本质上都属于知识产权领域中的意识形态表现。知识产权观念是一种植根于文化、情感和常识的基本价值观，非长期教育工程不可改变之。

另一作用是塑造理性。知识产权的无形性特征，权利、侵权行为和损害结果的非物性和抽象性容易导致一种全方位的轻慢态度，这和前文中的认知缺陷是一致的。我国的知识产权普法工作仍然强调以专业知识为内核的普法覆盖范围、活动频次、技术手段和受众反馈，⑥这一思路在历经数十年的实践后已经基本定型。在很大程度上，这种滞后性、重复式的规则灌输为时已晚，我国应当反思当前模式，改为以义务制教育的组成部分进行开展。在教育内容层面，需要改变片面强调知识产权保护的做法，转而重视运用侵权行为及其责任的典型案例，这是因应知识产权非理性违法的关键所在。

---

① 参见最高人民法院（2019）最高法知民终 562 号民事判决书。

② 参见孙海波：《指导性案例效力性质的再反思》，《浙江工商大学学报》2025 年第 3 期，第 73—75 页。

③ 贝淡宁：《文化和平等的发展：儒家对财产权的限制》，邵继红译，《马克思主义与现实》2006 年第 1 期，第 58 页。

④ Peter Yu，*Intellectual Property and Confucianism*，in Irene Calboli and Srividhya Ragavan，eds.，*Diversity in Intellectual Property：Identities，Interests and Intersections*，Cambridge University Press，2015，pp.269-270.

⑤ Cynthia Ho，*Confronting Intellectual Property Nationalism*，Denver Law Review，Vol. 100，2022，p.128.

⑥《全国知识产权系统法治宣传教育第八个五年实施方案（2021—2025 年）》（国知发法字〔2022〕6 号）第二、三、四部分。

结　语

我国知识产权严格保护政策将威慑理论具化为民事加重赔偿、刑事重罚和行政上的失信惩戒制度,从国内司法数据和国际评价的变化趋势来看,这些规则的实践效果难言理想。囿于行为人多方面的认知缺陷,威慑理论的本土实践存在逻辑断点,简言之,法律很难威慑非理性行为。需要说明的是,有关知识产权严格保护的实证研究仍有两个方面需要后续完善:一是将违法收益预期、投机违法等其他非理性因素纳入研究范围;二是暗数问题,包括没有追究法律责任的遗漏案件和理性分析法律风险后放弃违法的守法行为。为知识产权违法行为构建理性的目的,一方面是为了帮助当下政策更好地发挥作用,另一方面旨在避免过度惩罚。以惩罚性赔偿制度适用为例,近年来我国天价判赔案件不断刷新纪录,其在宣示政策力度之余,如果不能获得足够的威慑成效,未来只能裁判更多、更重的类案。许多研究尝试对惩罚措施本身进行缓和,但在知识产权治理从严从厉的总体趋势不变的情况下,本文的思路和建议或能间接地帮助解决上述难题。就此而言,知识产权的制度理性和行为理性之间,存在着相互促进且互为因果的内在关系。

The Strict IP Protection Regime: Empirical Examination and Logical Reshaping

Cai Yuanzhen

(*Law School*, *Tongji University*, *Shanghai* 200092, *China*)

Abstract: At present, China is resolutely implementing the development strategy of "strict protection of intellectual property", focusing on combating severe infringements through enhanced civil compensation, expanded criminal penalties, and administrative sanction against dishonesty. While the concept of strict protection itself maintains normative legitimacy, empirical studies reveal that intellectual property infringement rates have failed to decrease significantly in recent years, with international evaluations still falling short of expectations. The rational foundation for strict protection derives from the deterrence theory, which operates against the violators under the critical assumption of "homo economicus" or "economic man" (经济理性人). However, constrained by cognitive deficiencies in understanding the behavioral illegality and legal consequences, illegal behaviors of intellectual property demonstrate distinct irrational characteristics, placing unilateral emphasis on severity and harshness in practice with little efficiency. Substantial deterrence effects can only be achieved through perceptible risks of formal punishment. Accordingly, this study proposes legislative improvements in three dimensions: to establish repetitive elements as necessary conditions to strengthen offenders' awareness of illegality; to optimize civil compensation mechanisms, criminal fine systems, and repeated penalty rules to enhance the certainty of legal consequences; and to prioritize the education programs of intellectual property to complement punitive mechanisms. These recommendations aim to reconstruct the deterrence framework through cognitive reinforcement and institutional refinement.

Key words: deterrence theory; behavioral rationality; enhanced compensation; heavy penalization; sanction against dishonesty

(责任编辑　郭昌盛)